

## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 27-53

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.642

# Flagrancia y derechos humanos. Repensando el derecho penal del ciudadano

Flagrante delicto and human rights.  
Rethinking the Criminal Law of the Citizen



EDWIN FIGUEROA GUTARRA  
Corte Superior de Justicia de Lambayeque  
(Lambayeque, Perú)

Contacto: [efigueroag@pj.gob.pe](mailto:efigueroag@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

### RESUMEN

La exigencia al Estado en la lucha contra el delito, cada vez mayor, ha conducido con fuerza a considerar que existe un derecho penal del enemigo, como expresa Günther Jakobs, figura que se expresa en sanciones más duras, penas de cárcel más extensas, entre otras ideas. En ese sentido, el juzgamiento a través de Unidades de Flagrancia, como viene implementando Perú, representa una mejor coincidencia con el derecho penal del ciudadano, como propone el mismo autor, para entender un mejor afianzamiento de los derechos humanos. Persigamos el delito, es necesario, pero hagámoslo dentro del marco de respeto hacia el principio de dignidad de la persona.

**Palabras clave:** flagrancia; Unidades de Flagrancia; derecho penal del ciudadano; derecho penal del enemigo; derechos fundamentales; derechos humanos.

**Términos de indización:** derecho penal; derechos humanos; derecho a la justicia (Fuente: Tesouro Unesco).

## ABSTRACT

The increasing demand on the State to fight against crime has led strongly to consider that there is a criminal law of the enemy, as stated by Günther Jakobs, which is expressed in harsher punishments, longer prison terms, among other ideas. In this regard, the trial through Units against Flagrante Delicto, as Peru has been implementing, represents a better coincidence with the criminal law of the citizen, as proposed by said author, to understand a better consolidation of human rights. Let us prosecute the crime, it is necessary, but let us do so within the framework of respect for the principle of dignity of the person.

**Key words:** flagrante delicto; Units against Flagrante Delicto; criminal law of the citizen; criminal law of the enemy; fundamental rights; human rights.

**Indexing terms:** criminal law; human rights; right to justice (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 13/10/2022

**Revisado:** 31/10/2022

**Aceptado:** 07/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

**Conflicto de interés:** El autor declara no tener conflicto de interés.

### Revisores del artículo:

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)  
jpalominom@unmsm.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)  
snunez@ulima.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

*Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.  
Debe ser ley porque es justa.*

CESARE BECCARIA

## 1. INTRODUCCIÓN

El juzgamiento en flagrancia representa, a partir de las ideas de Jakobs, una propuesta de equilibrio entre el clásico derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano, entendido aquel como políticas de represión y de dura sanción del crimen, y este último, como una afirmación de los derechos fundamentales de la persona. Ni se excede el Estado en procesos de extensa duración con severa afectación de la presunción de inocencia, derecho tutelado por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni el delito queda impune ante su inacción, así como tampoco se genera una falsa percepción de ausencia de políticas públicas para enfrentar la criminalidad.

Es propuesta de este estudio destacar la importancia de las Unidades de Flagrancia en el Perú, como una reexpresión de la afirmación de los derechos humanos, para cuyo efecto advertimos la relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), vía los casos *López Álvarez vs. Honduras*, *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, y *García Asto vs. Perú*, pronunciamientos que han construido una línea interpretativa de las actuaciones del Estado en flagrancia, entendidos como límites a las agresiones a los derechos de la persona por parte de agentes estatales. De esa forma, la construcción de estándares por parte de la Corte IDH nos proporciona una generalización de criterios jurisprudenciales asumidos como verdaderos límites a la acción de represión del Estado frente al delito.

Desde otra perspectiva, puntualizamos en este análisis esa relación compleja entre las políticas eminentemente represivas de mayores penas, más recursos ordinarios para combatir el crimen

y de sola represión formal del delito, lo cual es un distintivo del llamado derecho penal del enemigo, y, de otro lado, aquello que identifica Jakobs como una política pública en la cual sean prioridad los juzgamientos con observancia de los derechos fundamentales de la persona, lo que viene a denominarse, con suficiencia, un derecho penal del ciudadano.

En el punto medio de esa compleja oposición se encuentra, en nuestra opinión, el juzgamiento en flagrancia, lo que significa, a juicio nuestro, un símil del óptimo de Pareto, esto es, de un punto ideal de equilibrio entre los derechos a la presunción de inocencia y, frente a este, la garantía institucional del Estado, es decir, de reprimir, dentro de la ley y la Constitución, aquellas conductas típicas, antijurídicas y culpables que significan, de alguna forma, romper ese *pactum societatis*, cual fórmula hobbesiana, de vivir en paz, sin conductas vulneratorias de los demás derechos ciudadanos.

En esa lógica, entramos muy referencialmente a describir la experiencia peruana de las Unidades de Flagrancia, al prever estos juzgamientos prácticamente *in situ* del delito, en un plazo que no exceda de las setenta y dos horas. Este propósito ha arrancado, bajo un plan piloto, en el Distrito Judicial de La Libertad, específicamente en el distrito de El Porvenir, y con la actuación conjunta del Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se busca el juzgamiento en flagrancia, en el ámbito del proceso especial inmediato ante el juez de investigación preparatoria, de los delitos que sean perseguibles según esta figura.

El reto asumido para este tipo de juzgamientos es enorme y de aristas muy complejas. Es exigible una logística muy rigurosa en la cual diferentes instituciones han de desempeñar un rol trascendente, entre acciones directas de persecución del delito, de tutela del derecho de defensa, de acusación y de juzgamiento y, más

aún, en un plazo determinado y perentorio que expresa la figura de una celeridad procesal que será entendida en términos de eficiencia y eficacia.

Los obstáculos en el camino son de diversa naturaleza, pero de suyo manejables en un escenario en el cual el reto, desde la figura que proponemos de repensar el derecho penal del ciudadano, involucra una mejor comprensión de los derechos fundamentales de las personas, tanto de aquellos que resultan víctimas del delito, así como de quienes devienen autores de estas conductas contrarias al orden social.

El combate al crimen, es nuestra propuesta final, necesita despojarse de ese tufillo de represión indiscriminada, de pensar en el medio directo de más cárceles, penas más elevadas, o la consagración sin par de un *Polizeistaat*, o Estado policía. En su lugar, nuestra propuesta es una nueva concepción de los derechos fundamentales desde el derecho penal, y es lo que impulsa el juzgamiento en flagrancia, como cuestión sustantiva.

## **2. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE FLAGRANCIA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS**

La legislación y la doctrina italianas conciben la idea de un «juicio directísimo» (Espinoza, 2016, p. 183), en referencia a un caso que no requiere mayor investigación, dándose las condiciones para un proceso inmediato, esto es, un asunto con características de abreviamento y simplificación del proceso. Al no requerirse el desarrollo de una investigación, en sentido amplio, la situación de flagrancia permite reducir la extensión del proceso.

Sin perjuicio de lo señalado, la flagrancia no es un concepto tan sencillo de definir. Ya Laitman (2018, p. 802) reconoce *a failure to define flagrancy*, esto es, el fracaso en la definición de la flagrancia, a partir del fallo *Utah vs. Strieff*, de 2016. En dicho proceso,

según la autora, la Corte Suprema de Estados Unidos no define adecuadamente cuándo las actuaciones de la policía están frente a verdaderos casos de flagrancia, y cuándo deben aplicarse reglas de exclusión, de cara a la Cuarta Enmienda de la Constitución Americana, sobre la protección de la persona frente a pesquisas y aprehensiones arbitrarias.

En un voto razonado del magistrado Sergio García Ramírez, la Corte IDH (2006) desarrolla una interesante aproximación a la noción de flagrancia para dejar sentado que

13. La flagrancia —concepto que, por lo demás, no tiene alcance uniforme en todas las legislaciones ni caracterización única y pacífica en la doctrina y la jurisprudencia— que se presenta en un caso puede bastar a criterio de quien practica la detención, pero resultar insuficiente para quien la sufre. El intérprete de la norma, que procura hallar su mejor —y siempre juicioso— alcance, ponderando las repercusiones y aplicaciones de cada posible interpretación, debe dar a aquella el significado que permita alcanzar, en la totalidad o por lo menos en la gran mayoría de los casos, habida cuenta de las condiciones de la realidad, el fin que se persigue. Piénsese, además, que la información sobre el motivo de la detención no solamente da noticia de que el agente del Estado considera que se han presentado determinados hechos, sino también manifiesta implícitamente que estos son ilícitos o reprochables, consideraciones, todas ellas, que atañen a la justificación del Estado y a la defensa del individuo.

Es importante aquí distinguir, como primera cuestión, que no hay uniformidad en el sistema interamericano para distinguir cuándo una conducta es flagrante o, en su caso, cuándo no lo es. Para todo efecto, una premisa de entrada, de configuración, es el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el derecho a la libertad personal, elemento a partir del cual podemos construir una noción de flagrancia, asumiendo

que nadie puede ser privado de su libertad salvo por causas preestablecidas, así como nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

A su vez, prevé este artículo que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las causas de su detención, así como debe ser llevada ante un juez y ser juzgada en un plazo razonable en el marco de un proceso que, en caso de resultarle desfavorable la decisión del juzgador, contemple la posibilidad de recurrir.

Los lineamientos de la Corte IDH son objetivos. El Estado tiene reservada la potestad de persecución del delito, a través de las instituciones que constituyen su basamento en el sistema de justicia —Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional—, pero como contraprestación, si acaso se puede considerar un nivel de acción en ese sentido, es exigible que cumplan las instituciones acotadas las garantías que conciernen al debido proceso, a su vez descritas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que alude a las garantías judiciales.

En el caso de la flagrancia, o para expresarnos con propiedad, del juzgamiento en flagrancia, se exige un contexto de compatibilidad con los derechos humanos. Desde esa perspectiva, el Estado asume ese nivel persecutorio, a nivel del Ministerio Público, con el concurso de la Policía Nacional, en las tareas de apoyo propias de la persecución; y a nivel cognitivo racional, son los jueces quienes llevan adelante un juzgamiento excepcional, sumario, inmediato, e incluso, sujeto a un plazo determinado —el caso peruano conlleva un término máximo de setenta y dos horas para el juzgamiento y la sentencia del caso—, pues si acaso el plazo es excedido, entonces ya no hay flagrancia, sino las condiciones propias de otro proceso regular.

El juzgamiento en flagrancia, en consecuencia, es un baremo de importancia para el derecho penal contemporáneo, en la medida que implica, de un lado, la persecución del crimen y su sanción,

en términos de razonabilidad y proporcionalidad. Ni hay crimen impune ni hay exceso de actuación estatal en perjuicio de los derechos humanos del autor del delito.

El caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*<sup>1</sup>, según Hernández Barros (2013, p. 174), arroja más luces sobre la idea de flagrancia. En dicho asunto se aborda la responsabilidad del Estado hondureño por las imputaciones de tortura de funcionarios policiales en contra de la víctima, además de la inacción del mismo Estado en la investigación y las sanciones contra los responsables del hecho.

La víctima es detenida en un lugar de Bogotá en 1994 y luego es conducida al sótano de las instalaciones de una Unidad de la Policía, donde fue sometida a quemaduras que le causaron graves lesiones que luego le generaron perturbaciones psíquicas permanentes.

El Estado reconoce finalmente su responsabilidad por los hechos y, sin embargo, es de anotarse que, al interior del ordenamiento colombiano, en cuanto los hechos ocurrieron, la defensa del Estado, a nivel de autoridades policiales, pretendió justificar una captura en flagrancia por el supuesto delito de extorsión, del cual finalmente Gutiérrez Soler es absuelto en 2002.

Cuanto podemos extraer del caso en comento reside, prevalentemente, en la insuficiencia del argumento de defensa del Estado, cuyas autoridades policiales justifican inicialmente su accionar invocando flagrancia respecto del delito en cuestión.

En rigor, la actuación de la policía no solo es incongruente con la exigencia propia de la flagrancia como figura, sino que existe abuso policial manifiesto en determinadas intervenciones, tema ampliamente tratado en el derecho comparado, en específico en el caso *Herring vs. United States* (Moreno, 2016, p. 41), un asunto

---

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de fecha 12 de septiembre de 2005.

de detención forzada contra un ciudadano bajo una sospecha de posesión de anfetaminas y un arma, pero con una orden de arresto que ya antes había sido cancelada.

De lo acotado *supra* se desprende que debemos construir conceptualmente la idea de que la flagrancia implica determinados caracteres que deben ser cumplidos, pues, en caso contrario, la detención se convierte en arbitraria.

En términos puntuales, en latín *flagrans* refiere a lo que se está ejecutando (Hernández, 2013, p. 1772), y alude, figurativamente, al fuego o llama que arde y resplandece. En relación con el delito, esta idea nos lleva a aquella acción que se está ejecutando y, por tanto, es siempre necesaria la presencia del delincuente. No constituye flagrancia que el actor sea sorprendido fuera de la acción misma (Hernández, 2013, p. 1773).

El énfasis es manifiesto y señala Hernández (2013) que «la institución que estudiamos alude a una detención que ocurra ni antes ni después de cometido el delito [...] sino a una detención que sucede en el preciso momento de la comisión del hecho delictuoso» (p. 1773). A esta cuestión hay que añadir otra línea reiterativa:

En el verdadero caso de delito flagrante, no se alude a la detención en el momento en que alguien intente cometer un delito o cuando está resuelto a cometerlo, tampoco debe haberse consumado ya el delito, sino estar cometiéndose en el acto para justificar así la detención de su autor. (p. 1774)

Un caso especial es el de los delitos permanentes o continuos, pues «en estos casos, la flagrancia puede invocarse durante todo el tiempo que dure ese período consumativo» (Hernández, 2013, p. 1773).

En el caso *García Asto vs. Perú*<sup>2</sup>, proceso en el cual el Estado reconoce su responsabilidad, el delito materia del asunto es terrorismo. La víctima, de veinticinco años de edad, es detenida en 1995 por personal policial de la Dincote, sin previa orden judicial, cuando se encontraba en un paradero de autobús. Al día siguiente, sin mandato del juez, la Policía lleva a cabo un registro domiciliario en la vivienda del afectado.

Al igual que en el caso *Gutiérrez Soler*, la justificación de la Policía es insuficiente. Aduce esta que, en el momento de la detención del señor *García Asto*, se encontró en su poder «propaganda terrorista descrita en el acta respectiva». La víctima replicó que nunca formó parte de organización terrorista alguna y que era falso que hubiera desarrollado acciones de apoyo para la organización. Finalmente, un fiscal «sin rostro» formuló acusación contra el afectado por el acotado delito de terrorismo.

Los patrones de definición de la flagrancia, a partir de los casos aludidos, y de tantos otros que igualmente podrían ser citados —pues en ello hay una línea interpretativa uniforme por parte de la Corte IDH— se decantan por una exigencia y baremos altos para que proceda la detención en esa condición.

Muchos de los casos que llegan finalmente a la Corte IDH son comunes en la expresión de un accionar arbitrario por parte de la autoridad en las detenciones supuestamente flagrantes. De esa forma, las alegaciones que suele efectuar la autoridad policial aluden, sin más, a una *flagrancia nominal*, esto es, a una simple enunciación de haberse cumplido los requisitos de detención flagrante, sin que tales supuestos puedan ser demostrados objetivamente en juicio.

En el orden de ideas expuesto, el razonamiento de la Corte IDH impone a los Estados un deber de compatibilidad en sus

---

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005.

ordenamientos jurídicos, a efectos de entender la configuración de una *flagrancia material*, es decir, de cumplimiento de las exigencias que se desprenden de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos. A este efecto, el Estado tiene carta de actuación abierta para detener en flagrancia, para juzgar en flagrancia, pero, a su vez, tales actuaciones exigen a los Estados un ejercicio de adecuar sus ordenamientos a los estándares de la Corte IDH, los cuales deben ser entendidos como deberes mínimos por parte de los Estados parte del sistema interamericano.

Desde esa dimensión de enfoque, países como Perú pueden estructurar en su derecho interno Unidades de Flagrancia y, sin embargo, la exigencia material se reduce a un respeto irrestricto de los derechos del perseguido por el delito. Solo desde esa condición base puede asumirse que estas instituciones, cuyo objeto es sancionar el crimen *in situ*, seguirán vigentes en tanto su actuación, reiteramos, cumpla un deber de compatibilidad con los derechos humanos. Tal deber se expresa, en primera línea, respecto de las leyes y la Constitución al interior de los propios Estados; y en un segundo nivel, en tanto haya un pleno respeto de los estándares de derechos humanos que el sistema interamericano ha venido construyendo desde su primer fallo, el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, en 1988.

En la idea de añadir otra dimensión conceptual, es de notar el aporte que hace Hoyos (2001, p. 139) respecto a la idea de los presupuestos propios de la flagrancia: *fumus commisi delicti*, *periculum libertatis* y proporcionalidad. La flagrancia, es propio señalarlo, no es lo mismo que la evidencia, pues aquella es una modalidad de esta última (Hoyos, 2001, p. 140).

El aporte es de valor: el *fumus commisi delicti*, como supuesto, nos conduce a la noción de una acción que tiene lugar y respecto de la cual concurre un requisito de inmediatez, figura en la cual el título de imputación es el sorprendimiento en flagrancia, dada la

evidente participación de una persona en un hecho punible (Hoyos, 2001, p. 139). La referencia al *post factum* inmediato a este respecto alude a un espacio de tiempo muy corto entre la consumación del delito y el descubrimiento de la comisión (Hoyos, 2001, p. 141).

La doctrina alemana distingue los verbos *antreffen*, *betreffen*, *entdecken* para graficar la acción de sorprender o descubrir al autor de la infracción (Hoyos, 2001, p. 140). En tanto la posición italiana alude, en la noción *che viene colto nell'atto di commettere il reato*, al acto mismo de sorprender. Al tiempo que los franceses aluden al *temps très voisin de l'action*, en referencia al tiempo muy vecino a la acción (Hoyos, 2001, p. 141).

A su vez, el *periculum libertatis* implica que hay un peligro de fuga o de ocultación penal del imputado, frente a lo cual debemos entender una presunción racional de que el perseguido tratará de sustraerse a la acción de la justicia (Hoyos, 2001, p. 144).

Por último, la proporcionalidad debe ser entendida en clave de condición necesaria, pues no basta una esfera legal que autorice invadir la esfera de la libertad individual del imputado. Resulta importante que la norma que permite la intromisión de la libertad de la persona sea interpretada y aplicada a través del prisma del principio de proporcionalidad (Hoyos, 2001, p. 146). Se infiere aquí la razonabilidad de acción del Estado para restringir la libertad del actor del delito.

### **3. EL JUZGAMIENTO EN FLAGRANCIA COMO PUNTO MEDIO ENTRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO**

Constituye punto central del debate sobre el juzgamiento en flagrancia, es nuestra propuesta, si esta figura representa un punto medio entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del

ciudadano, en la famosa alegoría construida por Jakobs y Cancio (2003), a propósito de la distinción, respectivamente, entre políticas de mayor criminalidad y una visión, desde el mismo derecho penal, de los derechos fundamentales (p. 19).

Lo vertido es de interés, en cuanto, como sostiene Palacios (2010) existe una delimitación de interés a realizar sobre la «efectiva protección de los derechos humanos por encima de un discurso de seguridad» (p. 19). No se descarta, de esa forma, que el incremento progresivo de los índices de delincuencia, en muchos países, en los últimos lustros, haya significado el impulso de medidas, tanto legislativas como de las políticas públicas de gobierno, conducentes, fundamentalmente, a regulaciones que enfatizan una mayor lucha contra el crimen, en desmedro de una atención debida a los derechos humanos.

Nuestra afirmación no puede ser considerada, tampoco, una defensa solo centrada en los derechos de los procesados. El delito necesita ser combatido: las conductas contrarias a los valores sociales han de ser sancionadas dentro de la ley y la Constitución, a lo cual nos permitimos agregar, de manera inclusiva, dentro de un derecho penal del ciudadano, cuyo enfoque esté dirigido a destacar un punto abstracto de conciliación, o si podemos subir un peldaño más, de reconciliación entre las políticas de criminalidad, cuyo enfoque es unidireccional, y una visión más acorde con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Dar a cada quien lo que le corresponde, desde Domicio Ulpiano, en el siglo III de nuestra era, no solo es una abstracción del concepto de justicia, sino debe ser una aspiración tangible de los Estados, pertenezcan estos a cualquiera de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos de América, Europa o África, que son los continentes que ya han afianzado, a través de Cortes supranacionales, la protección, en los casos que corresponde, de los derechos de primer orden de sus ciudadanos.

El derecho penal, es sostenible mencionarlo, ha enfrentado grandes retos a lo largo de su historia, y concita la atención al extremo de exigir la distinción respecto de si constituyen esos retos, en su esencia, expresiones del derecho penal del enemigo o, a su vez, del derecho penal del ciudadano. Uno de esos casos es el del Tribunal de Núremberg que, en 1945, una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, y producido un doloroso saldo de balance de millones de víctimas, acarreó el juzgamiento militar de los jefes nazis.

Al final, jueces militares de las potencias vencedoras, para cuya actuación se construyó un estatuto para el juzgamiento de esos crímenes, dictaron varias sentencias a la pena capital respecto a los procesados. Ciertamente que, en apariencia y de un lado, lo ocurrido en aquel entonces pareció significar un juzgamiento por parte de jueces parciales, y no imparciales, en relación con los acusados.

Nos imaginamos la objeción de la defensa de los acusados, respecto a que los juzgadores fueran militares de los países vencedores del gran conflicto. De otro lado, fue afectado el principio de legalidad penal, en tanto el juzgamiento acaeció luego de ocurridas las conductas de los agentes, después se elaboró un estatuto judicial con la tipificación de penas, expresamente construido para ese juicio, y así se violentó el debido proceso. En términos regulares, debe manifestarse que primero se construye el tipo penal por parte del legislador, y luego ocurre la conducta típica, para recién entonces aplicarse la consecuencia jurídica al procesado. En Núremberg podemos apreciar que la figura fue anómala, dado el orden reseñado, pues los hechos ocurrieron respecto de tipos penales a los cuales se les dio forma posterior en el estatuto. De ese modo, este ejemplo consolidó, podríamos argüir, una expresión del derecho penal del enemigo.

La confrontación que pretendemos construir, en consecuencia, se realiza entre esa exigencia real por sancionar el crimen, al

costo de medidas represivas de envergadura y, a su vez, de defender los derechos de las víctimas. A juicio nuestro, lo acaecido en Núremberg fue estrictamente necesario, no solo porque luego fundamentara el Tribunal Constitucional Federal alemán, años después, a través de la fórmula de Radbruch (Alexy, 2001, p. 75), que «lo extremadamente injusto no era Derecho», sino porque se trató de un juzgamiento en condiciones excepcionales, en consideración a circunstancias de origen igualmente excepcionales, lo que justificó las medidas extraordinarias que el caso requirió.

Para efectos de nuestro estudio, entonces, es posible distinguir una importante línea de diferenciación: podrá haber casos en los cuales la criminalidad debe, incluso a nivel de medidas extraordinarias, ser combatida, mas no debe perderse la perspectiva de que, en ese propósito, la mirada a los derechos fundamentales de los ciudadanos es un justo exigible.

El juzgamiento en flagrancia, con el límite de setenta y dos horas que se propone en el modelo peruano, escapa de un contexto de política en el sentido de que «se pueda aniquilar a quien no le es funcional al sistema, esto es, al enemigo» (Palacios, 2010, p. 21). Por el contrario, se trata de apreciar la dimensión del ciudadano en sí mismo, tanto de quien es víctima, pues hay derecho a la tutela de bienes jurídicos afectados, así como de quien es procesado, quien no debe verse sujeto a juicios onerosos cuya duración es indeterminada y, por tanto, contraria, enfáticamente, al principio de presunción de inocencia.

No debería suceder, como se desprende de Kafka, en cuanto a que tener un proceso significa haberlo perdido ya (Monroy, 2021, párr. 1), sino que tener un proceso nos debe conducir a la exigencia de su esclarecimiento, sea para absolver o sea para condenar, pero debe afirmarse la autoridad en su rol de decisor equilibrado.

¿Es posible entender, en el juzgamiento por flagrancia, la existencia y la legitimidad de un «Derecho Penal respetuoso de las

garantías ciudadanas» como enuncia Grosso? (Palacios, 2010, p. 21). Creemos con firmeza que sí. La organización institucional de reunir en estamentos determinados a jueces, fiscales, policía y defensores públicos apunta a un juzgamiento célere, sin la expresión de, las más de las veces, innumerables moras procesales que, en rigor, resultan muchas veces más onerosas que el mismo crimen.

Baste echar una mirada al caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, en el cual la Corte IDH<sup>3</sup> construye inicialmente el concepto de «plazo razonable», para entender el rotundo rechazo a la idea de que el tiempo de detención exceda a la pena misma, lo cual en sí mismo es un concepto incompatible con los derechos humanos. El juzgamiento en flagrancia va en dirección opuesta: el plazo de setenta y dos horas que se propone es taxativo, pues no debe exceder el proceso especial inmediato de ese término; en caso contrario, ya no existe una condición de sanción de flagrancia exigible.

El juzgamiento en flagrancia, a partir de las ideas de Jakobs, que ahora aplicamos a la figura en estudio, desmonta tres condiciones del derecho penal del enemigo (Palacios, 2010, p. 22): en primer lugar, no se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, en tanto existe una visión prospectiva y no retrospectiva, es decir, se considera un punto de vista del hecho futuro; en segundo lugar, se evita penas desproporcionadamente altas, en la medida que la sanción tiene lugar con un efecto de inmediación que permite una pronta valoración de los hechos de juzgamiento. Es cierto que aquí el riesgo es que puedan ocurrir disvalores, ya que la pena puede ser desmedida incluso en juzgamiento en flagrancia, pero hemos de confiar en que la inmediatez del juzgamiento habrá de permitir una adecuada y proporcional valoración del juzgador respecto a los hechos materia de persecución.

---

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo).

Por último, y en tercer lugar, no ha de ocurrir que determinadas garantías procesales sean relativizadas o incluso suprimidas. El juzgamiento en flagrancia supone precisamente lo contrario: un marco de pleno respeto a los derechos del procesado, quien acude al proceso como ciudadano y no como enemigo, dejándose de lado la «separación del hombre como simple vida muda, pura cosa viva sin derecho» (Palacios, 2010, p. 24). Aunado a ello:

El correspondiente castigo no debe darse al precio del sacrificio de los derechos humanos fundamentales del presunto responsable, pues el costo de dicho castigo, como dice Kai Ambos (2008: 18), terminaría en la erosión de la legitimidad del derecho penal internacional y de los tribunales que lo aplican. (Palacios, 2010, p. 26).

La reflexión que antecede es clara: el sacrificio de los derechos humanos del responsable puede conducir, igualmente, a la responsabilidad del Estado ante órganos supranacionales. De ahí la exigencia de que el respeto por los derechos humanos sea una característica ineludible del Estado incluso convencional de derecho, figura que puede entenderse como un ordenamiento jurídico plenamente respetuoso de los derechos que tutela la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Vale acotar algunas líneas respecto a la lucha preventiva frente al crimen en relación con el derecho penal del enemigo:

Hay una supuesta lucha preventiva, donde la pena no es una respuesta al pasado, al hecho cometido por el delincuente, sino un mecanismo de aseguramiento frente a hechos futuros, y el hecho tipificado no es el fundamento del castigo, sino la ocasión para neutralizar a un sujeto peligroso (Pastor, 2006: 523), al enemigo. (Palacios, 2010, p. 28)

El margen de razonamiento es claro: una política basada en una lucha preventiva sin asidero en los derechos humanos no es una

manifestación del derecho penal del ciudadano. Es solo una acción para enfrentar a sujetos peligrosos, pero ahí concluye la digresión estatal, pues la seguridad en sí misma es un sofisma.

En perspectiva, entonces, el juzgamiento en flagrancia pretende anclar sus fundamentos base en una visión más involucrada en el derecho penal del ciudadano, en referencia a la tutela de los derechos fundamentales. Hemos venido utilizando, casi indistintamente, derechos fundamentales y derechos humanos como expresiones similares y, en propiedad, la diferencia es solo de grado, en cuanto los primeros tienen lugar al interior de los Estados y los segundos se entienden en un nivel de protección supranacional. Pero la diferencia no es excluyente y, por tanto, habrá protección de los derechos humanos incluso a nivel de los Estados.

Es importante aquí cerrar la idea con la mención de que el juzgamiento en flagrancia es una apuesta por los derechos fundamentales y, en ese orden de ideas, es deber de los Estados impulsar figuras cuya naturaleza implique la configuración de un Estado constitucional y no la de un Estado eminentemente represivo.

#### **4. LAS UNIDADES DE FLAGRANCIA EN PERÚ: UNA APUESTA PROGRESIVA**

Perú hace una apuesta de valor, en concordancia con las ideas que anteceden, al haberse dispuesto, mediante el Decreto Supremo n.º 005-2022-JUS, de fecha 20 de agosto de 2022, la implementación de las Unidades de Flagrancia, a efectos de impulsar juzgamientos céleres con relación a delitos cuya naturaleza permite la aplicación de los procesos penales especiales inmediatos.

El plazo que propone la norma para el juzgamiento integral del caso —setenta y dos horas como máximo— es elemento troncal del sistema, en cuanto para que se entienda una decisión producto de este sistema, es ineludible respetar ese término.

Como proyecto piloto, en la región de La Libertad, en el distrito de El Porvenir, se ha implementado la primera Unidad de Flagrancia en el país (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, pp. 1-ss.) respecto a la cual podemos señalar que el protocolo implementado a partir de la norma respectiva es una guía de acción que, en sesenta pasos, describe orgánicamente las actuaciones que les competen a diversas instituciones del sistema de justicia en el juzgamiento por flagrancia, el cual se ciñe, como hemos acotado, a un término taxativo de actuación en un plazo de setenta y dos horas.

El protocolo en mención desarrolla el artículo 259 del Código Procesal Penal y, de esa forma, clasifica los tipos de flagrancia existentes: en primer lugar, distingue una *flagrancia clásica* o *stricto sensu* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, p. 2) precisando que esta tiene lugar en tanto «el agente es sorprendido y detenido, no existiendo huida».

De igual forma, hay una *cuasiflagrancia* cuando el agente ha sido descubierto por un tercero, pero ha huido y la aprehensión se produce inmediatamente luego de su huida. Por último, en la *flagrancia presunta* no se sorprende al actor, pero existen indicios de su comisión (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, p. 2).

El instrumento acotado destaca que solo podrá procesarse por flagrancia aquellos delitos previstos como procesos inmediatos por la norma penal pertinente. Por lo tanto, no existe competencia funcional respecto de delitos más graves, entre ellos, los relativos al crimen organizado, así como de aquellos otros delitos de competencia de órganos jurisdiccionales subespecializados, ni aquellos de competencia de las fiscalías especializadas. A esta lista se suman los casos complejos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, p. 3).

Constituyen lineamientos de los órganos del sistema la flexibilidad, la coordinación, la simplificación y la eficacia, es pertinente destacar que este modelo institucional de juzgamiento en flagrancia persigue una actuación célere para combatir cierto tipo de delitos.

En cuanto al procedimiento de actuación, una primera etapa es la intervención de la Policía Nacional en supuestos de flagrancia, a lo cual sigue en grupo de actos en la dependencia policial. Un siguiente segmento de pasos tiene lugar respecto a la evaluación del proceso, así como la audiencia de incoación del proceso inmediato. Luego, tiene lugar la acusación y la preparación para la audiencia de juicio inmediato, para después pasar a la respectiva audiencia. Cada paso sobre estos segmentos aparece individualizado, de tal forma que existe un importante orden a destacar en este protocolo (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, pp. 7-20).

Son etapas finales la transformación o la adecuación del proceso inmediato al proceso común, así como el trámite recursal en segunda instancia (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, pp. 21-22).

En conjunto, la propuesta peruana engarza un pulcro orden de actuación de los diversos estamentos del sistema de justicia, en el propósito de alcanzar una real sanción de las conductas delictivas materia de persecución.

Es verdad, de otro lado, que esta institución en sí misma viene siendo sometida a prueba. La implementación de otras Unidades de Flagrancia tendrá lugar de forma progresiva y se asegura, previsiblemente, un éxito de este modelo de actuación de la justicia. Naturalmente, han de ser los resultados de estos juzgamientos especiales los que en propiedad habrán de validar la propuesta, pero es posible adelantar que, como política pública, la Unidad de Flagrancia representa un medio de conjunción idóneo respecto

de los roles de la justicia penal, la cual no debe ser draconiana, así como tampoco debe ser excesivamente permisiva.

De seguro habrá que trabajar, creemos que mucho, en políticas públicas que incidan en la formación en derechos humanos a nivel de las instituciones del Estado, en especial de la Policía Nacional, a fin de evitar el exceso en sus actuaciones en la lucha contra la delincuencia, no solo porque ello afecta el derecho a la dignidad de la persona, sino porque, en casos graves, tales situaciones pueden generar responsabilidad para el Estado mismo.

Hemos pasado revista muy breve a algunas decisiones de la Corte IDH sobre este tipo de situaciones y el balance no es favorable para Perú, pues es de notarse que precisamente por actuaciones de agentes estatales, en muchos casos con franco desconocimiento de los derechos humanos, Perú lidera el rubro del mayor número de fallos en contra por parte de la Corte, con un total de cincuenta y dos sentencias a diciembre de 2021 (Corte IDH, 2021, p. 60). Le sigue Guatemala con treinta y siete fallos, Argentina con treinta y un sentencias en contra, Colombia con veintiséis, y Venezuela con veinticuatro.

La conclusión es clara, a juicio nuestro, en la medida en que necesita reforzarse la dirección de los agentes estatales en la lucha contra la delincuencia, la cual debe ser firme, rigurosa y exigente, pero dentro de un marco de observancia de los derechos humanos. Esto último no implica el descenso de estándares en el nivel de la lucha contra el crimen, pero sí deviene exigible adecuar las actuaciones del Estado, aún más en el caso de la detención en flagrancia, a efectos de evitar situaciones de responsabilidad estatal.

En ese marco de propósitos, las Unidades de Flagrancia han de cumplir un rol de permanente verificación de respeto por los derechos humanos en sus actuaciones. Más aún la implementación de estas unidades nos permite un engarce de valor con los dos temas antes tratados y de modo estrecho.

Con los derechos humanos, en cuanto existe un deber especial de protección de los derechos de la persona por parte del Estado, es común inferir, quizá, que la sociedad civil demande acción del Estado frente al crimen y ello es de suyo comprensible, mas esa lucha, necesariamente, debe tener lugar dentro de los lineamientos de derechos tutelados, de un lado, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, de otro lado, desde la frondosa jurisprudencia de la Corte IDH, la cual se va consolidando en favor de las víctimas de actos de agresión u omisión que significan responsabilidad internacional de los Estados.

A este efecto último lo denominamos *convencionalización del derecho*, en cuanto los ordenamientos internos tienen el deber de ajustarse a los estándares de decisiones de la Corte IDH en la protección de los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados ya no son autarquías ni ordenamientos cerrados, sino que se sujetan a los deberes que impone la Carta de San José, como también se le denomina a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Constituirían excepción a lo que afirmamos, sin embargo, que o bien un Estado no esté sujeto a la convención, como sucede, por ejemplo, con los Estados Unidos de Norteamérica, o bien que el país se hubiera apartado de la carta, como sucede por actos de denuncia de la Convención Americana por parte de Trinidad y Tobago (1998) y Venezuela (2012).

Y aún en estos últimos casos, es deber de los Estados respetar la Declaración Americana de Derechos Humanos, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales al ser instrumentos de *soft law*, esto es, de un derecho exhortativo, instan a los Estados a ser respetuosos de los derechos de todas las personas, imputados y víctimas, con ocasión de un proceso penal.

En esa misma línea de reflexión, la diferencia es relevante con elementos de *hard law*, como sucede con las convenciones, pues

estas obligan a los Estados y el no respeto de los derechos humanos acarrea consecuencias jurídicas determinadas.

Desde otro ángulo de enfoque, las Unidades de Flagrancia en Perú ayudan a un segundo propósito de valor, cual es imbuirnos de la idea de repensar el derecho penal del ciudadano, cuya visión central, desde nuestro punto de vista, es un rescate de valor de los derechos fundamentales.

El juzgamiento en flagrancia, como venimos sosteniendo, representa una propuesta de punto de equilibrio entre el derecho penal del enemigo, entendido este concepto como represión, y el derecho penal del ciudadano, asumido como un acercamiento a repensar los derechos fundamentales. Mas en clave general, esto es no solo respecto de los imputados, sino también en cuanto a los derechos de las víctimas.

Ese reenfoque, si pretendemos denominarlo de esa forma, apunta, entre otros objetivos, a consolidar vía políticas públicas fines instrumentales definidos, es decir, herramientas orientadas a la necesidad de diseñar modelos que persigan ser plenamente respetuosos de los derechos fundamentales.

Desde esa idea, la misión de un Estado no podría implicar insistir porque un solo lado de la balanza se incline, sino ha de buscar que el otro lado de la balanza tenga un contrapeso definido y, en ese propósito, el juzgamiento célere en flagrancia, como propone Perú, es una medida que merece ser impulsada.

## **5. CONCLUSIONES**

Es razonable concluir este estudio con una nota de expectativa respecto al juzgamiento en flagrancia, cuya expresión sustantiva es la Unidad de Flagrancia que el sistema peruano ha construido, ya no en modelo piloto, sino a través de la implementación progresiva de este modelo de justicia penal.

Es importante, de igual forma, destacar que la flagrancia en sí misma es una institución que necesita ser concordada con las líneas de interpretación de la Corte IDH. Los casos López Álvarez vs. Honduras, Gutiérrez Soler vs. Colombia y García Asto vs. Perú ya constituyen directrices de interpretación de los derechos humanos para asumirse que si bien la regulación de la figura queda a potestad de cada país para ordenar su aplicación en su propio ordenamiento interno, sí resulta importante destacar la exigencia de un conjunto de baremos mínimos de tutela, protección y salvaguarda de los derechos humanos.

De esa forma, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto a libertad personal, así como el artículo 8 de la misma carta, en cuanto a las garantías judiciales, constituyen estándares mínimos que deben tener en cuenta los Estados para la persecución del delito, lo cual es una actitud permitida en sentido institucional, pero con exigencias determinadas ya desde la convención misma, así como por la importante jurisprudencia que la Corte IDH ha venido construyendo sobre la materia.

Es un carácter particular de las actuaciones de los Estados en temas de flagrancia, y así lo hemos visto en los casos acotados, que los roles de los agentes estatales resultan ser muy defectuosos, pues se suele invocar flagrancia para pretender validar el despliegue de conductas que, tras el análisis de la Corte, son endeble justificaciones de actuación y, por el contrario, expresan suma arbitrariedad contra los derechos humanos.

Parte relevante de este estudio se ha ceñido a que el juzgamiento en flagrancia representa un punto de equilibrio entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano, a partir de la clásica distinción de Günther Jakobs a propósito de esta materia. Si por la primera figura entendemos un afán persecutorio desmedido del crimen por parte del Estado, y respecto de la segunda idea pretendemos construir un derecho penal con derechos fundamentales

como idea sustantiva, nos daremos cuenta de que un juzgamiento en flagrancia representa un baremo de coincidencia equilibrada entre ambas tendencias.

La justificación de la idea esbozada *supra* es puntual: el juzgamiento en flagrancia no es una expresión arbitraria de persecución del Estado. No se trata de combatir implacablemente al delincuente, entendiéndolo como un enemigo acérrimo de la sociedad. Tampoco implica una sujeción pasiva de la sociedad frente a la delincuencia.

Se trata, simplemente, de poner las cosas en su lugar y de encontrar un punto de coincidencia entre la exigible actuación que pedimos al Estado para la protección de diversos bienes jurídicos que está obligado a tutelar, ante determinados delitos que afectan derechos de las víctimas, y, de otro lado, advertimos que se sigue un proceso respetuoso de los derechos humanos, en tanto no se somete al procesado a la tortuosa sinuosidad de un juicio que a veces parece no tener fin.

En consideración a las ideas expuestas, el intento de Perú por implementar las Unidades de Flagrancia puede muy bien equipararse a la anécdota de Antígona, en la famosa tragedia de Sófocles. Un deber imperativo de orden moral le mandaba a ella enterrar a su hermano Polinices, incluso contrariando las órdenes del tirano Creonte de no enterrar al fallecido, en represalia por procurar este, fallidamente, tomar la ciudad de Tebas. Antígona sabía lo que debía hacer, en cumplimiento de sus convicciones, aún a costa de su propia vida.

El caso que nos ocupa es similar: el Estado sabe que debe cumplir con perseguir el crimen en tutela de otros bienes jurídicos preciados, sabe que no se puede exceder, sabe que no debe actuar con inacabable lenidad. Una medida de equilibrio como el juzgamiento en flagrancia, con respeto de los derechos humanos y,

al mismo tiempo, con rigurosidad en su actuación, nos conduce a concluir y repensar que el derecho penal del ciudadano, como plantea Jakobs, es una verdadera apuesta por el respeto de la dignidad tanto de la persona como de las instituciones del Estado.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (5), 75-95. <https://core.ac.uk/download/pdf/61893894.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2006). Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, reparaciones y costas). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2021). Informe anual 2021. <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2021/espanol.pdf>
- Espinoza, J. (2016). La flagrancia y el proceso inmediato. *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 14(18), 181-196.
- Hernández, J. A. (2013). Aprehesión, detención y flagrancia. En E. Ferrer Mac-Gregor, J. L. Caballero y C. Steiner (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* (pp. 1769-1800). Suprema Corte de Justicia de la Nación; Universidad Nacional Autónoma de México; Fundación Konrad Adenauer. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/22.pdf>
- Hoyos, M. de (2001). Análisis comparado de la situación de flagrancia. *Revista de Derecho*, 12(2), 137-147. <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v12n2/art09.pdf>

- Jakobs, G. y Cancio, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Thomson Civitas. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/Gunther-Jakobs-Derecho-penal-del-enemigo-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/Gunther-Jakobs-Derecho-penal-del-enemigo-Legis.pe_.pdf)
- Laitman, R. (2018). Fourth Amendment Flagrancy: What It Is, and What It Is Not. *Fordham Urban Law Journal*, 45(3), 799-838. <https://core.ac.uk/download/pdf/216957607.pdf>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2022). Protocolo de Actuación Interinstitucional de la Unidad de Flagrancia. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3529123/Protocolo%20de%20actuaci%C3%B3n%20interinstitucional%20de%20la%20unidad%20de%20flagrancia%20%28con%20firmas%29.pdf.pdf?v=1661192218>
- Monroy, J. F. (2021). Comentarios exegeticos al «nuevo» Código Procesal Constitucional. *Extramuros*. <https://palestraextramuros.blogspot.com/2021/10/comentarios-exegeticos-al-nuevo-codigo.html>
- Moreno, J. A. (2016). Flagrant Police Abuse: Why Black Lives (Also) Matter to the Fourth Amendment. *Berkeley Journal of Criminal Law*, 21(2), 36-75. <https://dx.doi.org/10.15779/Z38D21RH93>
- Palacios, Y. (2010, julio-diciembre). Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 21(2), 19-34. <https://www.cortheidh.or.cr/tablas/r27290.pdf>